



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Legítima Defensa: Perspectiva Histórica y Regulación Actual

Autor/es

MIGUEL BARROSO LAPUENTE

Director/es

SERGIO PÉREZ GONZÁLEZ

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2018-19



Legítima Defensa: Perspectiva Histórica y Regulación Actual, de MIGUEL
BARROSO LAPUENTE

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative
Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.
Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los
titulares del copyright.



LEGÍTIMA DEFENSA: PERSPECTIVA HISTÓRICA Y REGULACIÓN ACTUAL

MIGUEL BARROSO LAPUENTE



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GRADO EN DERECHO

TUTOR:

Dr. SERGIO PÉREZ GONZÁLEZ



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

CURSO 2018-2019

RESUMEN:

El trabajo aquí realizado pretende ofrecer dos visiones comparativas de la figura de la legítima defensa. La primera visión pasa por un análisis histórico del concepto en seis periodos distintos, tribus primitivas, periodo romano, derecho germánico, regulación canónica, periodo codificador y siglo XX español. La segunda visión es el estudio de su regulación actual, atendiendo a los requisitos que exige el código, contrastado con las diferentes doctrinas, así como el estudio de la especial figura de la defensa putativa.

Palabras clave: legítima defensa, antijuridicidad, derecho penal, historia, regulación, doctrina.

ABSTRACT:

This work pretends to offer two comparative points of view about the legitimate defense. The first view goes into an historical analysis of the concept in six different periods, primitive tribes, roman period, Germanic law, canonical regulation, codifying period and the Spanish XXth century. The second view is the study of its currently regulation, taking into account the requirements that are demanded by the code, comparing with the different doctrines, just as the study of the special figure of putative defense.

Key words: legitimate defense, unlawfulness, criminal law, history, regulation, doctrine.

ÍNDICE

I. Introducción.....	3
II. Acercamiento al concepto de legítima defensa.....	5
III. Evolución Histórico-Cultural.....	6
III.1 Derecho penal en las tribus primitivas antes de Roma.....	8
III.2 La legítima defensa entre Roma y el derecho germánico.....	9
III.3 Desde la legítima defensa en el derecho canónico hasta el periodo codificador europeo.....	14
III.4 Desarrollo de la legítima defensa en el derecho español del siglo XX.....	20
IV. La legítima defensa en el derecho actual.....	23
IV.1 La agresión ilegítima.....	25
IV.1.1 Ilegitimidad y antijuridicidad.....	27
IV.1.2 Actualidad y temporalidad.....	28
IV.1.3 Realidad y objetividad.....	29
IV.2 La necesidad y proporcionalidad en la defensa.....	30
IV.3 La ausencia de provocación.....	33
IV.4 La falta de requisitos: la legítima defensa putativa.....	35
IV.4.1 La tipología de agresiones.....	36
IV.4.2 La persona del agresor.....	38
V. Conclusiones.....	40
VI. Bibliografía.....	42

I. Introducción

Este trabajo está basado y orientado específicamente al estudio y análisis de un concepto intrínseco del derecho penal: la legítima defensa. Este concepto está configurado actualmente como una causa de exclusión de la antijuridicidad, siendo parte de la teoría del delito y sirviendo como instrumento para el estudio del *iter criminis*, traducido como “camino del delito”.

La historia de la legítima defensa comienza en los primitivos sistemas jurídicos de la Antigüedad, en las primeras sociedades y grupos de personas organizadas, y ha perdurado durante siglos hasta nuestros modelos penales actuales, pues durante toda su existencia ha sufrido paulatinos cambios que la han ido adaptando y amoldando como respuesta a las distintas necesidades sociales, filosóficas, políticas, económicas y culturales de cada época y de cada lugar.

La necesidad del análisis del concepto de la legítima defensa pasa por la afectación que esta tiene al desenvolvimiento de los conflictos delictivos entre los ciudadanos, y permite tener una visión comparativa de siglos de historia para comprender así gran parte de la fundamentación jurídico-penal que existió en cada momento.

Entender cómo eran los sistemas jurídicos históricos nos permite tener una mejor comprensión de cómo es la regulación actual, de cuáles son las teorías doctrinales predominantes y conocer la fundamentación de los jueces y tribunales a la hora de aplicar la legítima defensa en la resolución de conflictos y procedimientos judiciales. A fin de cuentas, somos producto de nuestra historia, y entenderla es entendernos a nosotros mismos.

La regulación actual recogida en el Código Penal español ha precisado de un gran desarrollo doctrinal y jurisprudencial, pues el enunciado que del concepto hace el código puede ser considerado como escueto y quizás poco preciso, siendo necesaria la aplicación caso por caso. Actualmente ha derivado en una institución muy regulada y controlada por los tribunales, pero a la que la legislación penal apenas dedica unas líneas, por lo que la mayor parte de su evolución ha sido a través de la doctrina.

El objetivo del trabajo es doble, en un primer lugar pretendo ofrecer una visión de la evolución que ha sufrido en los grandes periodos históricos de España, desde una perspectiva cultural y social, comprendiendo época a época cual era su regulación y cómo

era utilizada. En segundo lugar, analizar de forma detallada cómo es la regulación actual, cuáles son sus requisitos, qué teorías mayoritarias y minoritarias existen dentro de la doctrina y cuáles son algunos de los problemas que esto plantea.

La metodología a seguir será el estudio comparado de diversas obras que se centren tanto en el concepto concreto como en la generalidad del derecho penal en diferentes etapas históricas en las cuales tuvo desarrollo la legítima defensa, así como bibliografía histórica. Además del uso y análisis de manuales y monografías de derecho penal, jurisprudencia del Tribunal Supremo y artículos de revista especializados para llegar a comprender cómo es el concepto actual y cuál es su regulación, así como los problemas que esto plantea y su perspectiva de futuro.

II. Acercamiento al concepto de legítima defensa

El Derecho Penal está íntimamente ligado a la violencia, pues es la base de su naturaleza más pura y su fin último ha sido siempre regular las conductas delictivas que ponen en peligro el bienestar de los individuos y la cohesión social. Como dice MUÑOZ CONDE “violentos son los casos de los que se ocupa el derecho penal y violenta es también la forma en que los soluciona”.¹ La legítima defensa permite al defensor cometer una conducta típica, pero que a su vez está amparada por el ordenamiento jurídico como una causa que justifica la antijuridicidad de su acción, y esta justificación del derecho es porque la finalidad es únicamente defensiva.²

La legítima defensa, en nuestro ordenamiento jurídico, se configura como una de las tres causas de justificación que existen en nuestro sistema de derecho penal, las cuales hacen que determinadas acciones típicas no vayan a desplegar una concreta responsabilidad penal, dando lugar en algunos casos a la eximencia completa de dicha responsabilidad, y en otros casos a la atenuación de la pena. Junto a esta primera causa de justificación existen además otras dos, que son el estado de necesidad y el ejercicio de derecho, oficio o cargo. Además, se incluye también el consentimiento en el caso de que quede supeditado a la voluntad de su titular. Todas ellas se encuentran recogidas conjuntamente en el artículo 20 del Código Penal (en adelante CP).³

La legítima defensa supone entonces el ejercicio de una acción que es típica y además constitutiva de delito por parte del sujeto pasivo, y realizada voluntariamente, pero va a estar justificada como una acción necesaria para la defensa de los intereses propios del sujeto que se defiende.

Como veremos más adelante, no en todos los casos esta causa de justificación exime de total responsabilidad, pero sí que podrá atenuar la pena que se le vaya a aplicar al sujeto infractor de la conducta típica.

Esto dependerá del caso concreto sobre el que se produzca el estudio teniendo en cuenta los requisitos que para la defensa exige el artículo 20 del CP.

¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte General*, 9ª edición, Valencia, Tirant lo blanch, 2015, p. 31.

² MONTANO, P. J., “Legítima Defensa: ¿El fin justifica los medios?”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, nº29, 2016, p. 59.

³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995).

La legítima defensa supone, desde un punto de vista filosófico, una clara contraposición de conflictos sociales, culturales, políticos y humanos, pues es un punto de inflexión del monopolio de la fuerza por parte de los Estados, permitiendo al ciudadano realizar conductas violentas para autodefenderse cuando “los dispositivos protectores del Estado no le aseguran u ofrecen en ese momento la debida protección”.⁴

La figura de la legítima defensa depende en todo momento del orden social imperante en cada momento, pues como dice PALERMO “que un sujeto en un momento indeterminado de la historia mate a su atacante para salvar su vida no puede afirmarse, sin más, que ese caso sea un supuesto de legítima defensa”.⁵

Con todo lo explicado con anterioridad a modo de introducción, me propongo en las páginas siguientes realizar un estudio comparativo en el plano histórico y cultural del nacimiento y desarrollo del concepto de la legítima defensa.

III. Evolución Histórico-Cultural

La legítima defensa, como la mayoría de los conceptos jurídicos, no surge de un día para otro en nuestros ordenamientos jurídicos modernos, sino que es producto una larga construcción teórica e histórico-cultural continua de muchos siglos hasta llegar al modelo de causa de justificación que tenemos hoy en día incluido en nuestro ordenamiento jurídico. Se ha llegado a decir incluso que es un concepto tan antiguo, arraigado en la cultura, e innato al ser humano, que la legítima defensa no tiene historia.⁶

Citando las palabras del propio CICERÓN, que decía: “*non scripta, sed nata lex*”, refiriéndose a la legítima defensa, quiere decir que no deriva de una norma escrita, sino que es un producto de la propia naturaleza del hombre, pues en todas las leyes y en todos los derechos ha existido siempre la posibilidad de defenderse de una fuerza con otra fuerza.⁷

⁴ REQUEJO CONDE, C., *La Legítima Defensa*, 1ª edición, Valencia, Tirant Monografías, 1999, Prólogo.

⁵ PALERMO, O., *La Legítima defensa: una revisión normativa*, 1ª edición, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 23.

⁶ GEIB (1828), citado en DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., *La Legítima defensa en el derecho Romano con referencia a la dogmática moderna*, 1ª edición, Madrid, Dykinson S.L., 2011, p. 15.

⁷ Citado en DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., *La Legítima defensa...* cit. p. 15.

El derecho ha sido siempre y aún se mantiene, como una evolución a través del tiempo y de las épocas de la forma regulada de convivencia humana, y aunque no como lo entendemos ahora, pero siempre han existido las ideas de orden y obediencia.⁸

El instinto de supervivencia del ser humano ha estado siempre presente en los modelos de derecho de todas las civilizaciones pasadas y perdurando hasta nuestros tiempos como uno de los pilares fundamentales de la teoría jurídica del delito, pues los sistemas jurídicos no dejan de ser un reflejo del comportamiento humano y de la necesidad de protección de determinados intereses y bienes.

Se trata por tanto de una institución universal, y que se ha empleado y ha sido reconocida en prácticamente todos los modelos de regulación de derecho de las civilizaciones pasadas.⁹

Las primeras ideas y versiones de la legítima defensa estaban basadas en la idea de venganza privada o guerra privada, y poco espacio tenían los principios de necesidad o proporcionalidad, y esta era ejercitada con carácter privado, pues ninguna institución pública controlaba ni manejaba cómo y quién “impartía justicia y se vengaba de un conciudadano”, era una cuestión de derecho consuetudinario y de normas basadas en la costumbre.

No es hasta que nace la idea del estado como el órgano de control y orden político de los territorios que se empieza a gestar la idea de que el monopolio de la fuerza coactiva debe ser titularidad de este ente; esta idea se ha mantenido hasta nuestros días pues sigue siendo el Estado el único que tiene la capacidad de utilizar la fuerza de forma legítima.

Tal y como decía HEGEL, en sus Principios de filosofía del Derecho, “Cuando en la sociedad no hay jueces ni leyes, la pena tiene siempre forma de venganza”.¹⁰

⁸ ROSAS BENÍTEZ, A., *Orígenes y derecho Antiguo*, Volumen I, 1ª edición, Guadalajara (México), Hexágono, 1995, p. 28.

⁹ IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural y comparada de la Legítima Defensa*, 1ª edición, Burgos, Servicios de Publicaciones Universidad de Burgos, 1999, p. 33.

¹⁰ Citado en PADIAL, J. J., “Venganza, Realización de la Libertad y Guerra Privada”, *Revista de Filosofía*, nº 48, julio-diciembre 2013, p. 1.

III.1 Derecho penal en las tribus primitivas antes de Roma

Los síntomas iniciales del nacimiento de la figura de la legítima defensa surgen ya en los primeros grupos primitivos de seres humanos en el continente europeo. Esas originarias tribus o grupúsculos de personas no tenían sistemas jurídicos desarrollados que ordenaran su vida, pero sí que contaban con una serie de creencias o costumbres más o menos ordenadas, ideadas para preservar la vida en común y una convivencia pacífica.

En esta época, el ser humano fue desarrollando paulatinamente una mentalidad jurídica, pero no siempre fue buscada o perseguida, pues a veces era resultado del azar, por lo que la costumbre se dividía en la espontánea y la racional. Al final el desarrollo humano se resume en conductas y hábitos repetitivos con el fin de proteger a uno mismo y a los que le rodean.¹¹

Lo que se consigue con el paso del tiempo es el refinamiento de las conductas consuetudinarias, el ser humano comienza a pensar y a decidir qué es lo más importante, y cómo ha de protegerse, naciendo así los sistemas penales orientados a castigar al infractor. Pero al principio estos castigos eran excesivos y sin control, por lo que se precisaba un control orgánico sobre el mismo, naciendo así sistemas reguladores.¹²

En estas sociedades primitivas la cohesión del grupo lo era todo, pues la supervivencia era difícil y nadie deseaba afrontar los peligros de la naturaleza en solitario. Es por eso por lo que los distintos miembros del grupo se protegieran entre ellos pues era estrictamente necesario¹³.

De esta protección mutua del grupo surgirá la idea de venganza, que suponía “equilibrar la balanza” a favor del ofendido, y era confundida a menudo con la idea de justicia, pues se estaba reparando un daño que se había producido de forma injusta, la idea pasaba por hacer sufrir al agresor de la misma forma que él había hecho sufrir antes, y así compensar el daño al perjudicado, a su familia o a su tribu.

En la mayoría de los casos la pena que se le imponía al infractor era siempre un castigo físico, que pretendía a través del miedo hacer saber al resto de la tribu, que quien

¹¹ ROSAS BENÍTEZ, A., *Orígenes y derecho Antiguo...* cit. p. 30-31.

¹² *Ibidem*, p. 33-34.

¹³ IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural...* cit. p. 39.

cometiera un delito o infringiera las normas de convivencia perjudicando al grupo, iba a ser castigado de la misma forma.¹⁴

El uso de la venganza no se entendía como un capricho propio del perjudicado que reclamaba “justicia”. Era el modo de actuar natural de estas civilizaciones, la venganza no solo calmaba la ira y el dolor de las víctimas, sino que tenía también un sentido cósmico y mágico, pues la justicia y el derecho se confundían con la religión.¹⁵

En estas primitivas civilizaciones basadas en la tribu o el grupo aún no se podía hablar técnicamente de defensa legítima, pues su único fundamento era la venganza y el castigo. Por lo que esta forma de defensa amparada en derecho va a precisar una profunda modernización y sofisticación.

III.2 La legítima defensa entre Roma y el derecho germánico

En la época Romana la legítima defensa se puede explicar con una frase extraída del Digesto de Justiniano que dice lo siguiente: “*vim vi repellere licet*” que traducida al castellano significa “es lícito repeler la violencia con violencia”.¹⁶ Además, de acuerdo con SAINZ GUERRA, la doctrina romana creía en la licitud de rechazar violentamente la violencia porque ese derecho se funda en la naturaleza.¹⁷

La idea de individuo y comunidad en el primitivo derecho penal romano era difusa, y por lo tanto todo atentado que afectase a la comunidad debía ser defendido por parte de ésta, tanto contra los enemigos externos como contra los internos, ya que la autodefensa autorizaba para destruir al enemigo.

¹⁴ Como dice PADIAL: “Ante el crimen se despierta la venganza”, y esa es la base teórica sobre la que se asienta la venganza de sangre. PADIAL, J. J., “Venganza, Realización de la Libertad y Guerra Privada”, *Revista de Filosofía*, nº 48, julio-diciembre 2013, p. 1.

¹⁵ En un primer momento la venganza tenía un carácter divino, “los dioses son justos y castigan al malhechor”, y por lo tanto los humanos ejercían la justicia divina en nombre de los dioses, aunque esta idea fue perdiendo relevancia, ya que las teorías antropocentristas fueron ganando terreno a lo mágico y divino, y fueron los ciudadanos los que comenzaron a exigir e impartir justicia.

¹⁶ DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., *La Legítima defensa...* cit. p. 69.

¹⁷ SAINZ GUERRA, J., *La evolución del derecho penal en España*, 1ª edición, Jaén, Servicio de Publicaciones Universidad de Jaén, 2004, p. 103.

Con el desarrollo de la sociedad romana, y por tanto de su sistema de derecho, se comenzaron a perseguir de oficio determinados actos delictivos, y a permitir la autodefensa en esos casos en que no solo perjudicasen los bienes individuales, sino que pusiese también en peligro la seguridad pública.¹⁸

DOMÍNGUEZ LÓPEZ explica que “conociendo su etimología, los vocablos nos informan fehacientemente de la propia esencia y significación de lo conceptuado”, por lo tanto, para conocer la concepción de legítima defensa que se tenía en Roma es preciso detenernos a conocer los términos utilizados en aquella época, los cuales eran “*periculum*”, “*vis*”, “*defensio*” y “*repulsio*”.¹⁹

La legítima defensa en el periodo romano, al igual que en la actualidad se sustentaba sobre dos pilares básicos, los cuales eran requisitos esenciales para que la defensa ejercida fuera realmente una causa de justificación; estos principios similares a los que tenemos actualmente en el CP, son la *vis* o agresión que sufre el sujeto pasivo y la *repulsio* o *defensio* que ejercita para proteger aquellos bienes que debían ser protegidos por el derecho.

Para la idea de agresión se usaban dos términos distintos, tanto *vis*²⁰ (fuerza o vigor) como *periculum*²¹ (peligro o riesgo). Preferiblemente los textos y autores de esta época van a optar por usar más el término *vis*.²²

El uso de *vis* no se va a aplicar para cualquier tipo de agresión que pueda sufrir una persona, sino a aquellas que por sus características cualificadas pueda verse especialmente afectado el sujeto pasivo. De este mismo término deriva también la idea

¹⁸ MOMMSEN, T., *El derecho Penal Romano*, trad. DORADO MONTERO, P., Volumen I, 1ª edición, Pamplona, Analecta, 1999, p. 62-64.

¹⁹ DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., *La Legítima defensa...* p. 70.

²⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/?w=diccionario> (consultado en mayo de 2019).

²¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/?w=diccionario> (consultado en mayo de 2019).

²² DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., *La Legítima defensa...* cit. p. 70-74.

de que la agresión ha de ser una fuerza física ejercitada sobre la persona o sus cosas, siendo esta agresión violenta e injusta.²³

Por otro lado, el uso de *periculum* se va a restringir también como sinónimo de un peligro cualificado para el sujeto, pero una especie de peligro en abstracto más que identificado con un caso concreto.

En resumen, estos dos vocablos nos llevan a la idea de que la defensa del sujeto ha de proyectarse sobre una suerte de peligro hacia él, ya sea identificado con un tipo de agresión concreta o con un peligro en abstracto. La Ley Cornelia permitía también al propietario defender sus bienes o propiedades, permitiéndole además recuperar los que le fueron robados.²⁴ Aunque autores como MOMMSEN creen que el derecho romano no protegía la propiedad, ya que solo permitía defenderse frente al daño que sufriese el propietario, y no así los propios bienes, los cuales servían como un conducto legal de la autodefensa frente al ladrón.²⁵

Por otro lado, en el extremo opuesto a la agresión y el peligro, están los términos para referirse al núcleo del concepto, que es la defensa. En el derecho romano se usaban dos términos distintos, tanto *defendere* como *repellere*.

El primero de ellos hace referencia directamente a la defensa, a la acción que ejercitaba el sujeto pasivo para evitar el daño que le iba a ser causado. Al usar el termino defensa ya se entendía que el objetivo primordial era protegerse, y en ningún caso buscaba agredir justificadamente al otro.

Con el segundo término, el de repeler, surge el requisito de que la agresión debía ser inmediata, pues de no ser así no podría ser repelido.²⁶

²³ El termino *vis* tuvo tal importancia, que se redactaron diversas normas que agrupaban varios tipos de agresiones y violencias, como es el caso de la “*Lex Iulia de vi publica y privata*” y “*Lex Plautia de vi*”, en estas leyes las distintas agresiones violentas se agruparon en torno al término “*crimen vis*”.

²⁴ SAINZ GUERRA, J., *La evolución del derecho penal...* cit. p. 104. La Ley Cornelia hace referencia a un conjunto de leyes del siglo I a.C. que reformaron el derecho penal.

²⁵ MOMMSEN, T., *El derecho Penal Romano...* cit. p. 66.

²⁶ Como decía JIMÉNEZ DE ASÚA en su Tratado de Derecho penal IV explicando la diferencia esencial entre impedir y repeler, “impedir solo corresponde a lo que es inminente, pero todavía no actual”.

El derecho romano se desliga entonces de la figura conocida como “Ley de Tali3n”²⁷, la cual suponía un principio jur3dico de justicia retributiva en el que al sujeto se le imponía un castigo recíproco al crimen cometido, basado en el comúnmente citado pasaje bíblico que dice “ojo por ojo, diente por diente”.²⁸ Aunque la aplicación de este tipo de castigo no se ejecutaba en los supuestos más graves.²⁹

Estos castigos, en la temprana sociedad romana, eran potestad de los propios ciudadanos, ya que el Estado rara vez actuaba en este tipo de cuestiones a no ser que vulnerasen la estabilidad social o afectasen al completo de la comunidad romana, por lo tanto, el ofendido o perjudicado ostentaba un poder discrecional para aplicar el castigo.³⁰

En el año 476 acontece un cataclismo político y territorial al producirse la caída del Imperio Romano de Occidente, el que otrora fuera el mayor Imperio de todos los tiempos, perdiendo así su poder y autoridad en todo el occidente conocido. Sus territorios fueron divididos en numerosas entidades políticas sucesoras, las cuales mantuvieron parte del sistema de derecho romano, pero gran parte del mismo se modificó y evolucionó.

Tras suceder todo esto, en esos antiguos territorios, se asentaron los pueblos bárbaros venidos del norte, los Germanos, y con su llegada no solo trajeron a sus pueblos, sino que también implantaron sus sistemas políticos y jurídicos, cambiando drásticamente la cultura de las zonas en las que se asentaron y dejando como legado una extensa tradición jurídica.

Que sean modelos más novedosos en cuanto al momento de la historia en el que surgieron respecto a los modelos romanos no los hace más modernos o desarrollados. De hecho, se puede considerar que eran más atrasados y subdesarrollados que sus predecesores,

²⁷ DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., *La Legítima defensa...* cit. p. 74-77.

²⁸ El término de este principio, tali3n, proviene de la palabra latina *talis* o *tale*, que quiere decir idéntico o semejante. Este principio es del que surge la venganza privada pues se castiga al infractor con un castigo idéntico al perjuicio que él ha provocado.

²⁹ GACTO FERNÁNDEZ, E., “Aproximación a la historia del derecho penal español”, en TOMÁS Y VALIENTE, F., *Hispania entre derechos propios y derecho nacionales, vol. I*, Giuffe Editore, España, 1990, p. 511.

³⁰ Santalucia distingue entre *delicta* y *crimina*, donde los primeros serían delitos públicos y los segundos delitos semipúblicos, con consecuencias jurídicas muy diversas, en tanto que no alteraban tan gravemente la *pax deorum*. SANTALUCIA, B., *Derecho penal romano*, trad. APARICIO, J., y VELASCO, C., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 14.

volviendo a retomar ideas de derecho consuetudinario y la venganza privada que imperaban en las antiguas tribus primitivas europeas.³¹

En los pueblos germánicos no existía una fuerte estructura política y territorial. De hecho, a veces incluso carecían de ella, por lo que el monopolio de la fuerza y la coacción se vuelve a dispersar. Lo único que se puede considerar organización política era la figura del líder del clan y las figuras legislativas en las que se basaban eran las llamadas *Leges barbarorum*.³²

La visión que tiene el derecho germánico sobre las penas y sanciones interpuestas por el derecho penal es desde un punto de vista económico ya que se pretendía prácticamente siempre reparar el daño sufrido.³³

Al igual que ocurría con las sociedades primitivas, el daño no solo afectaba al sujeto concreto que sufría el mismo, sino que afectaba a la colectividad de su familia. En los pueblos germánicos se le denominaba *sippe*³⁴ al conjunto de personas unidas por lazos de sangre o parentesco.

Aunque parezca que la aplicación de justicia en los casos de venganza privada se hacía sin ningún tipo de control y todo quedaba al libre albedrío de los ejercientes de la justicia, esto no era así, pues se precisaban de unos requisitos concretos para que todo el mundo entendiese lo que había ocurrido.

³¹ IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural...* cit. p. 47.

³² Estas leyes fueron escritas en latín y seguían la tradición romana, supusieron el fin del derecho consuetudinario en el periodo germánico. Estaban comprendidas por decisiones populares sobre determinados supuestos, en todas estas leyes se contenía siempre alguna mención a la autodefensa o a la legítima defensa dando a entender que era un concepto importante y que preocupaba a la población, por eso se pretendía recoger de forma escrita.

³³ Surgen entonces distintos conceptos de castigos como son la “tasación por homicidio”, la “indemnización a favor del lesionado” o la “cantidad económica destinada a la colectividad”.

³⁴ La *sippe* era el grupo de personas que mantenían entre sí lazos de sangre o consanguíneos, este grupo cumplía la función de unidad jurídica, el derecho germánico les atribuía la potestad de autodefensa, así como un variado compendio de derechos y deberes para su protección.

La *faida*³⁵ o guerra que se suscitaba por motivos personales, debía estar excusada en un comportamiento previo, y si al final se daba muerte al enemigo se debía permanecer con el cadáver o conducirlo al juez junto con testigos para poder dar fe de que se había ejercitado correctamente el derecho a la venganza.³⁶

Con estos requisitos ya observamos una evolución de la legítima defensa respecto a los primeros atisbos, ahora bien, la justicia clandestina estaba penada y solo se permitía matar al infractor con una serie de formalidades que habían de ser cumplidas.

Lo más curioso del derecho germánico es que va a introducir el perdón del infractor a través de la compensación económica, pues la familia de la víctima podía aceptar esta vía y eliminar así la responsabilidad del acusado.³⁷

Aunque todavía no se apreciaba la legítima defensa como la entendemos hoy en día, ya empezamos a entrever ideas o principios de los requisitos que hoy exige el artículo 20 4º del CP.

III.3 Desde la legítima defensa en el derecho canónico hasta el periodo codificador europeo

Desde el surgimiento y asentamiento social de la Iglesia Católica y su desarrollo como institución teórica y estudiosa, surge el denominado derecho canónico como una ciencia jurídica con el objetivo de desarrollar la regulación jurídica de la Iglesia y afianzarse como un ordenamiento jurídico propio.

La legítima defensa, en el originario derecho canónico, presentaba graves dificultades para su construcción teórica, pues se encontraba con grandes contradicciones frente a los textos sagrados y la tradición de la religión católica. En un primer momento la Iglesia no permitía concebir la autodefensa como un derecho inherente de la naturaleza humana,

³⁵ Las *faidas* eran guerras privadas entre los distintos pueblos germánicos que se suscitaban con el propósito de poner fin a disputas personales, entre pueblos o tribus. Conforme irrumpió el cristianismo en Europa las *faidas* fueron perdiendo fuerza y acabaron desapareciendo.

³⁶ En el caso del derecho de los Reyes Francos, si el acusado no confesaba si había actuado por que quiso o en defensa propia, sería juzgado con la prueba del agua hirviendo, y en caso de quemarse, sería condenado a muerte.

³⁷ SAINZ GUERRA, J., *La evolución del derecho penal...* cit. p. 105 y ss.

pues Dios era el Juez Supremo y era él quien debía decidir sobre el destino y castigo de sus súbditos, los ofensores debían ser castigados por Dios o por el hombre en nombre de Dios.³⁸

El castigo del reo ya no es exigido por la víctima, sino que, al existir ya verdaderos entes políticos en forma de estados, será el poder político quien forme parte del procedimiento penal, siendo además también el origen de la ley.³⁹

El derecho canónico, al ser producto de la religión católica, estaba influenciado fuertemente por la moral cristiana, y las ideas de amor al prójimo y “poner la otra mejilla” queriendo evitar así las guerras privadas existentes entre los pueblos germánicos. Aunque no todo el pensamiento cristiano era unánime, pues había autores como TOMÁS DE AQUINO que mencionaron que “el deber de salvar la vida propia es un deber superior al de evitar la muerte del agresor, porque el hombre tiene conferida la responsabilidad de conservar la vida que Dios le ha concedido”.⁴⁰

A parte de la defensa de la propia vida se permitía también la defensa de la morada al igual que en el derecho romano, siendo legítimo herir o matar al que haya allanado la morada de noche, pues se entiende que también corría peligro la vida o libertad del dueño, figura similar al *fur nocturnus* del derecho romano.⁴¹

El derecho canónico no prohibía entonces la defensa necesaria para proteger la propia vida, lo que hoy entenderíamos como legítima defensa, sino que consideraba ilícita y prohibida la venganza privada. Bien es cierto que se consolidan tres excepciones lícitas a la muerte de un ser humano:

- a) La pena capital, consistente en la muerte del acusado por parte de un organismo público.
- b) La guerra justa, como un intento de regular el derecho a la guerra entre los Estados.⁴²

³⁸ IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural*...cit. p. 50.

³⁹ GACTO FERNÁNDEZ, E., “Aproximación a la historia del derecho penal español” ... cit. p. 517.

⁴⁰ Fue recogido en su libro *Suma teología*, en el cual hablaba además de la obligación de mirar por la propia vida más que por la del prójimo y que la conservación de la vida nada tenía de ilícito. Citado en IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural*... cit. p. 51.

⁴¹ SAINZ GUERRA, J., *La evolución del derecho penal*... cit. p. 106.

⁴² Para que la guerra fuese lícita debía responder a uno de estos tres requisitos: vengar un agravio, expulsar al invasor o ser así declarada por las autoridades legítimamente constituidas.

c) La defensa necesaria, que es la figura que mayor relación tiene con el actual modelo de legítima defensa que manejamos hoy en día. Al igual que ocurría con la figura en el derecho romano, también va a exigir el derecho canónico una serie de requisitos para que la defensa del sujeto esté amparada por el derecho, aunque manteniendo el dogma de “*si el defensor que mata al agresor no es reo de homicidio por la ley humana, lo será por la ley divina y cometerá pecado ante Dios.*”⁴³

El primero de los requisitos es la agresión o violencia de la que se defiende el sujeto defensor. Se exigía que la agresión se materializase es una especie de abalanzamiento físico y violento del agresor sobre el defensor, y la acción del primero debía ser ilegítima, temporalmente actual y no debía haber sido provocada por el defensor.

El segundo de los requisitos que se exigían supone un punto de inflexión en el modelo de la legítima defensa, pues antes sólo se precisaba que la defensa fuese legítima, es decir, que el defensor tuviese derecho a defenderse frente al ataque ilegítimo, pero en ningún momento se entraba a valorar si los medios empleados para repeler el ataque eran proporcionales o, al menos, necesarios.

A partir del derecho canónico se va a comenzar a exigir que la defensa no sea sólo legítima, sino que sea también “justa”, es decir, necesaria para que realmente pueda ser una defensa no culpable y proporcional en los medios empleados respecto a los medios utilizados por el agresor.⁴⁴

Además de exigir este requisito, también se va a castigar al defensor que se exceda en su defensa, llegando incluso a aplicar el castigo de la excomunión. Los pensadores cristianos van a desarrollar mucho esta idea, pues creían en que, si Dios permitía a una persona defenderse de otra, e incluso llegar a matarla, tendrá que hacerlo siempre bajo unos parámetros proporcionales, y como consideraba TOMÁS DE AQUINO “no es moderada aquella defensa que desarrolla una violencia mayor que la necesaria para repeler el perjuicio.”⁴⁵

⁴³ Recogido en “*El Libre Albedrío*” de San Agustín de Hipona. Citado en IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural...* cit. p. 50.

⁴⁴ Traducido por VECILLA DE LAS HERAS como “con la moderación de una defensa irreprochable”, citado en IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural...* cit. p. 54.

⁴⁵ Citado en IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural...* cit. p. 55.

Manteniendo la tradición romana, el derecho canónico también va a permitir la defensa de bienes patrimoniales, aunque debiendo ser únicamente en supuestos en los que corra peligro directamente la vida del defensor, y solo podrán defenderse en los que casos en los que se traten de bienes de extremado valor o que no puedan ser recuperados, pues se están equiparando a la vida de una persona, y no cualquier bien podrá ser defendido.

Esta idea fue admitida tardíamente, pues los primeros Padres de la Iglesia⁴⁶ no la permitían, y se incluyó por primera vez en el Concilio de Vienne de 1312 bajo el papado de Clemente V. Que incluya la protección de bienes patrimoniales tiene que ver con el desarrollo del concepto de propiedad, pues se comienza a considerar como un derecho natural del hombre ya que Dios le permite al hombre el disfrute de todas sus posesiones.

Además de evitar la muerte del agresor, el derecho canónico también prevé la huida segura del defensor en caso de poder hacerlo y evitar así el peligro, esta debe ser la opción que escoja el defensor, pues así será posible evitar y repeler el daño inminente sin la necesidad de causar otro distinto.⁴⁷

Aunque las fuentes legales exigían el uso de la huida en caso de ser posible, diferenciaban entre la huida típica y la huida deshonrosa, pues por ejemplo los plebeyos y los clérigos no incurrían en la deshonra si huían, pero caso distinto era el de los nobles y soldados, los cuales podían defenderse aun pudiendo huir fácilmente, y en caso de hacerlo serían considerados personas sin honor, con la relevancia que eso tenía en la Edad Media.⁴⁸

Con el comienzo de la Ilustración a mediados del siglo XVIII, la figura de la legítima defensa sufrirá graves transformaciones, pues todo el derecho se seculariza y deja de estar impregnado por las connotaciones de la moral cristiana predominante en toda la Edad Media. Este desarrollo social no solo afectó al derecho, sino también a la forma de entender la vida, pues la filosofía imperante empieza a ser la de la razón y las ideas.⁴⁹

⁴⁶ Los Padres de la Iglesia fueron un grupo de sacerdotes, teólogos y escritores eclesiásticos cristianos entre el siglo I hasta el siglo VIII, cuya doctrina y pensamiento se consideraba que era testimonio de la fe.

⁴⁷ SAINZ GUERRA, J., *La evolución del derecho penal...* cit. p. 110 y ss.

⁴⁸ IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural...* cit. p. 56.

⁴⁹ ALVARADO PLANAS, J., y SERRANO MAÍLLO, A., *Estudios de Historia de las Ciencias Criminales en España*, 1ª edición, Madrid, Dykinson, 2007, p. 274.

Surge en esta época el concepto moderno de delito, entendido este como una acción típica, antijurídica, culpable y punible. Dichos elementos fueron ya recogidos en el *ius commune* y se perfilaron con la codificación.⁵⁰

La figura de la defensa necesaria sufrirá en los inicios del periodo codificador del siglo XIX un enorme progreso, rompiendo al fin los lazos que la mantenían unida a la venganza privada en sus orígenes germánicos y desarrollando y ampliando los bienes defendibles bajo su esfera jurídica y las limitaciones que cada vez se hacen más necesarias. Esta evolución fue fruto de un arduo trabajo doctrinal del cual surgieron conceptos como el dolo, la culpa o el caso fortuito, así como los requisitos de necesidad y proporcionalidad.⁵¹

Con este desarrollo estructural de la defensa se empiezan a entrever nuevos horizontes en los que aplicarla. Se recoge así por primera vez en el Código Penal Frances de 1791, modificando la expresión *moderamen inculpatae tutelae* por legítima defensa, incluyendo el concepto en la parte general del código, pues ya existía la diferenciación que se ha mantenido hasta hoy entre parte general y especial.⁵²

Con al aumento de derechos e intereses de los ciudadanos aumentan también las posibilidades de autodefensa y por lo tanto los Estados deben salvaguardar sobre todo la propiedad privada, la libertad y la seguridad pública, estableciendo un derecho de autodefensa casi ilimitado, pero no sin olvidar los requisitos esenciales para su ejercicio.⁵³

Es en este momento cuando podemos comenzar a hablar de las primeras manifestaciones legislativas penales en España, y en concreto de la promulgación del Código Penal el 9 de julio de 1822. Supone el triunfo de las ideas ilustradas en España siendo, de acuerdo con PACHECO “algo de Fuero Juzgo y de las Partidas envuelto con el carácter del Código de Napoleón”.⁵⁴

La existencia de un código no suponía solo la mera recopilación de normas de forma escrita, sino que era la ruptura con todo lo anterior y la tradición oral. El objetivo era

⁵⁰ ALVARADO PLANAS, J., y SERRANO MAÍLLO, A., *Estudios de Historia...* cit. p. 303.

⁵¹ GACTO FERNÁNDEZ, E., “Aproximación a la historia del derecho penal español” ... cit. p. 508.

⁵² ALVARADO PLANAS, J., y SERRANO MAÍLLO, A., *Estudios de Historia...* cit. p. 320.

⁵³ IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural...* cit. p. 119-120.

⁵⁴ Cita de *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1848, citado en IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural...* cit. p. 126.

recoger, no ya la tradición penal de cada sitio, sino la concepción racional que tenía el ser humano de cuál era la conducta idónea para la convivencia social.⁵⁵

El hito de la promulgación de este Código supone un “intento definitivo” de refundir las antiguas leyes penales compiladas y darle así el carácter de verdadero cuerpo legislativo del Estado, estableciendo en su exposición de motivos que su objetivo primordial es “asegurar la libertad civil y la seguridad ciudadana”.⁵⁶

La regulación de la legítima defensa en este código queda recogida en su artículo 621, en el cual se establecen cuatro situaciones en las que no se aprecia pena por el homicidio del agresor, estas situaciones eran:

- a) Necesidad de ejercer la defensa legítima y natural de la propia vida o de la otra persona contra una agresión injusta, cuando no haya otro modo de repelerla.
- b) Rechazo del agresor injusto que de noche invade violentamente, o trata de asaltar o incendiar la casa, habitación o heredad.
- c) Defensa de la casa, su familia o su propiedad contra el saltador, ladrón u otro agresor injusto, aunque sea de día, siempre que no haya otro modo de impedirlo
- d) Defensa de la libertad propia y la de otra persona contra el que injusta y violentamente trata de quitársela, arrebatando al homicida, o a la persona que este defiende, haciéndoles otra fuerza material en sus cuerpos, siempre que no haya otro medio de impedirlo.

Como se puede apreciar, incluye términos e ideas ya conocidas por el derecho romano y el derecho canónico, como son la agresión ilegítima y los medios proporcionales para la defensa, así como la opción de huir como la primera alternativa a la defensa necesaria. Además, no solo se permite la defensa de la propia vida, sino que además se amplía a la de un tercero.⁵⁷

Cabe destacar el último de los párrafos de dicho artículo 621 que dice lo siguiente:

Si resultare exceso, ligereza u otra culpa en el uso de la defensa legítima, o porque fuere leve el daño que amenazase en la agresión, o porque el homicida hubiere tenido otros medios de evitarlo, sin necesidad de matar al agresor, sufrirá el que cometa el homicidio en estos casos una reclusión de seis meses a cuatro años, y de dos a cuatro años de destierro del lugar en que ejecutase el delito, y veinte leguas en contorno.

Es decir, al igual que ocurría con la pena de excomunión en el derecho canónico, el CP de 1822 va a penar también el exceso en la defensa lo que supone un límite más a la

⁵⁵ ALVARADO PLANAS, J., y SERRANO MAÍLLO, A., *Estudios de Historia...* cit. p. 275.

⁵⁶ IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural...* cit. 1999, p. 126.

⁵⁷ SAINZ GUERRA, J., *La evolución del derecho penal...* cit. p. 111.

figura, que, a principios del siglo XIX, contaba con la mayor amplitud de bienes y derechos tutelados que en toda su historia inmediatamente anterior.

Como explica MASFERRER, “La figura de la legítima defensa logró en el periodo codificador un perfil mucho más definido y técnicamente más evolucionado que en la etapa precedente.”⁵⁸

III.4 Desarrollo de la legítima defensa en el derecho español del siglo XX

El último de los periodos en los que voy a centrar el estudio es el siglo XX en España. Se trata de un periodo muy rico legislativamente pues se llegan a suceder hasta cuatro códigos penales distintos y diversos proyectos modificativos de los mismos.

Una característica típica de nuestro sistema jurídico es que durante cada periodo de cambio político se ha sucedido un cambio simultaneo de legislación penal, y es el primero de los códigos, el del 8 de septiembre de 1928⁵⁹, el primero que introduce grandes novedades respecto al anterior de 1870, el cual era considerado por JIMÉNEZ DE ASÚA como “enorme” en cuanto a la gran regulación de delitos y penas que incluía.⁶⁰

En el artículo 58, en su párrafo 1º tenemos una regulación más o menos acertada respecto a nuestro modelo actual de 1995, pues dice lo siguiente:

Artículo 58. No delinquen:

1º El que obra en defensa de su persona, honra o propiedad, siempre que concurran los requisitos de:

1º Agresión ilegítima actual inevitable;

2º Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla

3º Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende

De esta forma establece el catálogo de bienes jurídicos protegidos, comenzando por la persona, entendido como todos los derechos inherentes al ser humano por el hecho de serlo, como la vida, la libertad o la integridad física. El segundo de los bienes es el honor. Aquí queda perfectamente plasmado como un bien individual y autónomo a proteger. Y

⁵⁸ Citado en ALVARADO PLANAS, J., y SERRANO MAÍLLO, A., *Estudios de Historia...* cit. p. 321.

⁵⁹ Código Penal de 8 de septiembre de 1928.

⁶⁰ Citado en RODRÍGUEZ-MOURULLO, G., *El Derecho Penal en el siglo XX*, 1ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 74.

el tercero es la propiedad. Los bienes patrimoniales del defensor comenzaron a tener protección jurídica en el derecho romano con la protección de la casa y la habitación, y ahora se amplía al resto de posesiones del defensor, aunque entendiendo que solo gozan de protección las de especial valor o imposible sustitución.⁶¹

En este primer punto del artículo quedan delimitados los tres requisitos esenciales constitutivos de la defensa, que son los mismos que recoge el artículo 20 4º en el CP actual, y son lo de agresión ilegítima y actual, necesidad de los medios defensivos y la falta de provocación necesaria del defensor. Además de esto también se permite la defensa de familiares y terceros. Habla el código de cónyuge, ascendientes o descendientes, pero también de extraños, a los cuales puede defenderse si concurren el primer y segundo requisito.

El siguiente de los ejemplos normativos es el del CP de 1932⁶², tras la victoria del Frente Popular en 1931 se declara derogado el código de 1928 y se retoma el anterior de 1870, aunque modificándolo en 1932, dando lugar a este nuevo código.

Este retomar el modelo antiguo supuso un leve distanciamiento del modelo tan regulado anterior, pues se reducen las situaciones amparadas por la legítima defensa estableciendo en su artículo 8-4 que: *“Está exento de responsabilidad criminal el que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes...”* y nuevamente se recogen los tres requisitos que ya conocemos. Como vemos, se pierde esa regulación meticulosa del código de 1928 por una regulación más vaga y poco concisa de la legítima defensa.

El tercero de los ejemplos es el CP de 1944⁶³, promulgado en el periodo del Régimen, el cual retoma parte de la regulación de 1928 pero con un cambio de perspectiva. Recoge de nuevo la regulación de la agresión a los bienes patrimoniales del defensor y de su vivienda con la fórmula de: *“En caso de ataque a los bienes se reputará ilegítimo el*

⁶¹ Se precisa que el ataque a los bienes del defensor sea constitutivo de delito de ese Código y los ponga en grave peligro. Y en el caso del ladrón nocturno debe este utilizar ganzúas, llaves falsas, escalamiento o rompimiento para el ejercicio de la defensa sea legítimo.

⁶² Código Penal de 5 de noviembre de 1932.

⁶³ Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el Código Penal, texto refundido de 1944, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944 (BOE 13/1944).

ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminente”.

Además de todo eso mantiene intactos los tres requisitos esenciales, los cuales ya se habían convertido en el pilar fundamental de la regulación de la legítima defensa en España con los modelos de código anteriores.⁶⁴

El último de los ejemplos legales es el CP de 1995 ⁶⁵ el cual realmente no va a innovar en ninguno de los componentes de la legítima defensa, pero sí que va a incluir un elemento diferenciador, y es que no solo va a ser legítima la defensa frente a actuaciones que constituyan delito en el CP, sino que también va a ser posible frente a faltas; aunque actualmente, tras la reforma del CP en el año 2015 ⁶⁶, la supresión de la faltas también suprime este vértice de la legítima defensa.⁶⁷

Como se ha podido observar en todos los periodos históricos estudiados desde la perspectiva de la legítima defensa, se puede apreciar con claridad, que al igual que ocurre con otros conceptos jurídicos, responde siempre a la situación social y política del momento temporal en el que se encuentre.

Se trata entonces de una figura con un gran componente filosófico y en el que muchos estudiosos y pensadores a lo largo de la historia han puesto su interés y foco de atención, pues ha sido siempre un concepto que ha afectado a la defensa de la vida a costa de la muerte del agresor, y no hay mayor poder político e institucional que regular la vida y la muerte.

En un periodo de siglos de continuas trasformaciones, la legítima defensa pasó de ser un instrumento para la venganza privada y la guerra entre clanes a convertirse en una causa de justificación de la antijuridicidad, sirvió también como instrumento del perdón divino a un acto delictivo y se comenzó a regular en las leyes y códigos europeos en el periodo de la codificación, siendo la última gran modificación la acontecida en los distintos códigos penales del s. XX español. Aún no sabemos en que derivará en un futuro, o si seguirá existiendo como pilar fundamental de los sistemas de derecho penal de los estados,

⁶⁴ IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural...* cit. p. 230.

⁶⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995).

⁶⁶ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 77, de 31 de marzo de 2015).

⁶⁷ IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural...* cit. p. 231.

pero desde luego queda constada su importancia y el interés que ha tenido siempre en la historia del ser humano.

IV. La legítima defensa en el derecho actual

Una vez estudiada toda la comparativa histórico y cultural, con los matices de los distintos pensamientos y corrientes filosóficas de cada época, es preciso ahora abordar con profundidad el estudio del concepto que aquí nos atañe, la legítima defensa. Se trata entonces de un concepto primordial en los modelos penales, pues supone, como he mencionado anteriormente, un resquicio al monopolio de la fuerza permitiendo al ciudadano “tomarse la justicia por su mano”.

Aunque en este punto surge una cuestión, y es si el fin de la legítima defensa justifica sus medios empleados, como explica MONTANO, “se trata de una desconfiguración del dolo que el legislador categoriza como causa de justificación”, se trata de una institución que se adecua a la naturaleza humana.⁶⁸

Para poder comprender qué es la legítima defensa y lo que su existencia supone, es preciso primero entender qué es la antijuridicidad, pues como he dicho antes, la legítima defensa es una causa de justificación de esta.

La antijuridicidad es la contradicción entre la acción ejercida y las exigencias que plantea el ordenamiento jurídico. Además, como MUÑOZ CONDE explica, no se trata de un concepto únicamente restringido al derecho penal, sino que es común a todas las ramas del derecho moderno.⁶⁹

La antijuridicidad es entonces una denominación de una determinada acción, pero que sea contraria a derecho implica únicamente una característica formal, y para desplegar todo su significado precisa de un contenido material, basado en la ofensa al bien jurídico.

⁶⁸ MONTANO, P. J., “Legítima Defensa: ¿El fin justifica los medios?, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n°29, 2016, p. 63.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit. p.321.

En palabras de QUINTERO OLIVARES “positivamente la antijuridicidad supone que un acto típico ha ofendido material y formalmente a un bien jurídico, lo ha dañado, vulnerado, destruido o puesto en peligro.”⁷⁰

Si observamos la teoría del delito, comenzando por la tipicidad, comprobamos que todas las acciones típicas no son siempre antijurídicas, ya que por el mismo hecho de la existencia de causas de justificación como la aquí estudiada, pueden ser eximidas. Si no existiese esa causa o la misma fuera inexacta o no concurrente, el siguiente paso sería el estudio de la culpabilidad del sujeto.

El juicio de valoración de la antijuridicidad es siempre negativo, pues se comprueba la no existencia de causas que lo justifiquen, pero no se valora su existencia como elemento autónomo. La valoración negativa supone la transformación de esa acción en algo jurídicamente justificado.⁷¹

Todas las causas de justificación cuentan con dos prismas diferenciados, el elemento objetivo y el elemento subjetivo, ambos necesarios para la consecución del propósito de la defensa.

El elemento objetivo se define como la serie de requisitos exigidos por el ordenamiento que permiten convertir la acción ilícita y penal en un hecho lícito y amparado, los cuales estudiaremos más adelante; mientras que el elemento subjetivo supone el conocimiento por parte del sujeto de que la acción que está realizando está justificada, y que válidamente está reflejada en alguna norma o ley que le sea aplicable.

El conceder a un sujeto de forma individual derechos de los que incluso no es titular el propio Estado, como la posibilidad de matar a otra persona actuando en defensa de sí mismo o de un tercero, precisa de una meticulosa regulación y un catálogo de requisitos sin los cuales no sería posible justificar la acción típica.⁷²

La legítima defensa se encuentra encuadrada, junto al resto de causas de justificación, en el Capítulo II del Título I del CP, cuyo título es “De las causas que eximen de la responsabilidad criminal”, el artículo 20 4º establece lo siguiente:

⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del derecho Penal*, 4ª edición, Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 489.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit. p. 322.

⁷² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit. p. 346.

Están exentos de responsabilidad criminal:

4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

Estos requisitos pueden ser categorizados en esenciales y no esenciales, siendo la agresión y la necesidad del primer tipo, y la ausencia de provocación del segundo. La apreciación o no de un requisito esencial, como indica su nombre, supondrá la verdadera construcción de la defensa, pues si falta uno o varios de estos, no podrá alegarse en un procedimiento judicial, pues esta estará incompleta.

Sin embargo, la falta de un requisito no esencial no desplaza el correcto ejercicio de la defensa, y tendrá relevancia únicamente en el tipo de eximente que se aplique a la conducta típica, resultando en una eximencia incompleta.

IV.1 La agresión ilegítima

El primero de los requisitos, y siguiendo así el orden marcado por el artículo 20 4º del CP, es la agresión ilegítima, y este es el primero porque de otra forma no cabría la existencia de esta causa de justificación, ya que la realidad misma de la defensa precisa para su sostenimiento teórico y práctico que exista una agresión previa, pues de lo contrario no encontraría el sujeto la necesidad de defenderse ante nada.⁷³ La agresión concreta y sustanciada en un sujeto permite diferenciar a esta de otras causas de justificación.⁷⁴

⁷³ SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de derecho Penal. Tomo I. Parte General*, 4ª edición, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2006, p. 224.

⁷⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “La Legítima Defensa del derecho Penal”, *RJUAM*, nº 25, 2012, p. 21.

Es importante fijarse en la definición del diccionario de la RAE que define la agresión ilegítima como una actuación que afecta o puede afectar a la vida, integridad física, bienes o derechos de una persona.⁷⁵

Por lo tanto, lo primero es saber y conocer a qué se refiere el código cuando habla de agresión. La doctrina ha calificado la agresión como un “acometimiento, ataque o acto de fuerza”⁷⁶, así como “toda creación de un riesgo inminente para bienes jurídicos defendibles.”⁷⁷ Por lo tanto, entendido así, es posible descartar aquellos ataques que no sean físicos y personales, y por lo tanto que no sean activos, pues es difícilmente representable que una omisión sea constitutiva o similar a un acometimiento físico.⁷⁸

El legislador previó en el artículo 20.4º una delimitación a la defensa, pues estableció que solo cabía antes agresiones que fuesen constitutivas de delito, esta exigencia tiene su razón de ser en que si la agresión solo puede ser en el caso de que sea típica, tendrá un carácter de peligrosidad tal que los bienes necesiten de una defensa.⁷⁹

También será necesario, para que el sujeto pasivo tenga la necesidad de defensa, que la agresión genere un peligro real y objetivo, siendo posible apreciar cualquier tipo de comportamiento que ponga en peligro un bien jurídico protegido, pues de lo contrario, no se podrá apreciar la agresión únicamente con juicios de valor subjetivos, tendrá que tratarse de un peligro representado así para el hombre medio ideal.⁸⁰

Que se precise el dolo y la intencionalidad del agresor no impide que se pueda actuar frente a acciones imprudentes, y siendo así el caso, se exigirían unos medios proporcionales a dicha situación, teniendo en cuenta las características propias que implica atacar a alguien que actúa imprudentemente.⁸¹

⁷⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/?w=diccionario> (consultado en mayo de 2019).

⁷⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit. p.347

⁷⁷ SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de derecho Penal...* cit. p. 224.

⁷⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del derecho Penal...* cit. p. 523.

⁷⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit. p. 348.

⁸⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “La Legítima Defensa del derecho Penal” ... cit. p. 22.

⁸¹ CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 91.

Aunque la doctrina mayoritaria opina y fundamenta la realidad de la agresión como una acción positiva, no sería justo no mencionar la posición contraria, en la que algunos autores creen que sí es posible una legítima defensa ante omisiones o conductas imprudentes, aunque se tratará de juicios de valor más complejos por las similitudes que presenta con el estado de necesidad.⁸²

Un segundo punto muy importante en la figura de la agresión son el resto de los adjetivos identificadores que ha establecido en Tribunal Supremo en su jurisprudencia, pues se habla a menudo de agresión ilegítima, real, actual o inminente, todos ellos válidos y simultáneos, pues de no constatarse alguno de ellos la justificación de la defensa podría no llegar a ser legítima.⁸³

IV.1.1 Ilegitimidad y antijuridicidad

Como expone CUELLO CONTRERAS “el único comportamiento frente al que cabe legítima defensa es frente al antijurídico, lo que excluye cualquier otro, por muy peligroso o lesivo que sea.” En este caso la antijuricidad de la acción hace referencia a que es ilegítima y no está protegida por ninguna norma ni amparada en ningún derecho.⁸⁴ La ilegitimidad de la agresión permite diferenciar la legítima defensa del estado de necesidad.⁸⁵

La ilegitimidad de la agresión, como explica MUÑOZ CONDE, no solo ha de ser de carácter formal, sino también material, de una antijuridicidad tal que ponga de manifiesto peligro los bienes jurídicos defendibles.⁸⁶

Al situarnos ante una causa de justificación de la antijuridicidad, y en el esquema de la teoría del delito, aun no se necesita valorar la culpabilidad, la agresión no precisamente ha de ser culpable, pues será plausible y amparada en derecho la defensa ante una acción

⁸² SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de derecho Penal...* cit. p. 224.

⁸³ STS 1766/1999, 9 de diciembre de 1999.

⁸⁴ CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de derecho Penal...* cit. p. 91.

⁸⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “La Legítima Defensa del derecho Penal” ... cit. p. 25.

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit. p. 347

no culpable, aunque es preferible limitar la legítima defensa a los comportamientos culpables.⁸⁷

Aun con todo ello, se entiende razonable, bajo la perspectiva de una ética y moral normales, que no se debe actuar en legítima defensa ante agresiones por parte de menores o inimputables, pues en ese caso, la valoración de la culpabilidad es sencilla y no supone una carga extra para el defensor, el cual deberá evitar el ataque ya sea huyendo o sin producir daños al atacante no culpable. Por lo tanto, debe la legítima defensa, proporcionar un mecanismo de protección ante agresiones contrarias a derecho, sean estas típicas o no, aunque parte de la doctrina cree que solo se debe actuar ante ataques que constituyan delito.⁸⁸

IV.1.2 Actualidad y temporalidad

También es requisito de la agresión que esta sea actual e inminente, eliminando así la posible defensa preventiva ante actos aun no constatados y que podrían no llegar a producirse. Esto no quiere decir que solo quepa la defensa ante actos tan inminentes que sería imposible defenderse correctamente repeliendo el daño, pero sí que será necesario que resulte evidente la intención amenazadora del agresor si las circunstancias de la situación hacen temer al defensor sobre la integridad de sus bienes jurídicamente protegidos.⁸⁹

Para MUÑOZ CONDE, la valoración de la actualidad debe ser en base a dos aspectos, el peligro objetivo que percibiría cualquiera persona razonable y el plano subjetivo de la circunstancia concreta y el conocimiento del que se defiende.⁹⁰

El requisito de la actualidad de la agresión tiene una excepción que ha sido aceptada mayoritariamente por toda la doctrina, y es el caso de personas maltratas en sus hogares, sobre todo el caso de mujeres.⁹¹ Muchos autores ponen el ejemplo de una mujer que es maltratada constantemente por su marido al llegar este del trabajo, y un día decide acabar

⁸⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “La Legítima Defensa del derecho Penal” ... cit. p.27.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁹ SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de derecho Penal*... cit. p. 224.

⁹⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*...cit. p. 350.

⁹¹ STS 1471/2011, de 4 de marzo de 2011.

con la vida de su agresor antes de que él vuelva a agredirla; ante esta situación no se le puede exigir a esa mujer maltrata que espere a que su marido vaya a comenzar su ataque pues se estarían vulnerando gravemente sus derechos y no podría defenderse.⁹²

El límite de la actualidad no es solo un límite previo y anterior a la agresión, sino que también es posterior, pues no se permite una defensa ante un ataque que ya ha finalizado, la finalidad de la legítima defensa es prevenir un ataque y en ninguna circunstancia se puede prevenir un ataque que ya ha cesado.

Aunque bien es cierto que nunca se sabe ni se puede apreciar fehacientemente cuándo ha finalizado una agresión, porque, como explica SUAREZ-MIRA, un puñetazo puede ser una agresión aislada o puede ser el inicio de una serie de actos posteriores.⁹³

IV.1.3 Realidad y objetividad

El último punto clave es la realidad de la agresión, es decir, que la representación mental del defensor acerca del posible peligro que le está por suceder sea así realmente, y no fruto de su imaginación. Por lo tanto, esta idea exige verificar, al igual que ocurría con la ilegitimidad y la antijuridicidad, el carácter objetivo y real de la agresión. De la valoración subjetiva del defensor dependerá la presteza con la que este sea consciente de la inminencia del ataque o de la inexistencia de este.⁹⁴

El error sobre este aspecto de la agresión conlleva a un error sobre el fundamento básico de la legítima defensa, y con ello el surgimiento de la figura que la doctrina ha aceptado en llamar legítima defensa putativa, de dicho concepto me ocuparé más adelante una vez explicados el resto de los requisitos del artículo 20 4º.

Una vez finalizada la exposición del primero de los fundamentos, y quizás el más importante y sustancial de la legítima defensa, el siguiente de los puntos a tratar es la necesidad y racionalidad en los medios de defensa empleados.

⁹² QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del derecho Penal...* cit. p. 524. y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit. p. 350.

⁹³ SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de derecho Penal...* cit. p. 224.

⁹⁴ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del derecho Penal...* cit. p. 524.

IV.2 La necesidad y racionalidad en la defensa

El segundo requisito esencial de la defensa es la necesidad y racionalidad de los medios empleados, y se despliega en dos puntos distintos y diferenciados autónomamente, por un lado, se exige que exista la necesidad del sujeto pasivo de defenderse, y por otro lado que el medio empleado por este sea racionalmente necesario.

Centrándome en primer lugar en la necesidad defensiva, se puede afirmar, que esta lo será cuando se practique contemporáneamente en el tiempo mientras dure la agresión, es decir, que la defensa no comience antes que la agresión y que no perdure una vez haya finalizado el ataque, pues de ser así, estaría el sujeto incurriendo en exceso de defensa o en una acción puramente vengativa⁹⁵

Que la defensa sea necesaria supone una construcción mental del defensor, el cual debe actuar conscientemente sabiendo que lo que está haciendo es necesario y por ello legítimamente amparado. En un primer momento tiene que existir una construcción objetiva del injusto, pues no se pueden permitir excesivos juicios de valor subjetivos y dejar al arbitrio ilimitado del sujeto. Lo que sí es necesario es que el sujeto que se defiende debe ser conocedor y estar seguro de que está siendo agredido, pero deberá en todo momento evitar causar daños a posibles terceros ajenos a la agresión.⁹⁶

Aunque lo óptimo sería una valoración permanentemente objetiva del injusto, la necesidad defensiva también es una valoración subjetiva del mismo, cuyo autor ha de valorar que se trata de la mejor vía posible para proteger sus bienes jurídicos, por lo que se conjuga en relación a que la vía defensiva sea la única vía, el defensor ha de escoger siempre la opción menos lesiva para los bienes del agresor.⁹⁷

Aunque sea posible la huida, si el sujeto decide finalmente defenderse actuando frente al agresor, seguirá estando amparado por la legítima defensa.⁹⁸

Como comenté anteriormente, en el caso de agresiones de sujetos no culpables, como es el caso de menores, no existe la necesidad de defensa, pues se presupone que el sujeto pasivo podría evitar el daño sin tener que recurrir a una acción típica.

⁹⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit. p. 350.

⁹⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “La Legítima Defensa del derecho Penal” ... cit. p. 35.

⁹⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del derecho Penal...* cit. p. 534.

⁹⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “La Legítima Defensa del derecho Penal” ... cit. p. 37.

El segundo punto de este requisito es la necesidad racional de los medios empleados, aunque este punto no ha sido calificado como esencial y puede estar medianamente ausente.

Esta idea está conectada con el concepto de proporcionalidad, el cual debe adaptarse a la categoría de la agresión y a los bienes jurídicos en peligro. El primer punto es verificar la necesidad de la defensa, y el siguiente ha de ser la elección del medio más racional para proteger los bienes del sujeto pasivo, pero evitando siempre producir un daño mayor a su agresor, pues el fin último es siempre repeler el ataque.⁹⁹

La valoración de la proporcionalidad no se puede exigir de forma unánime a todas las personas y en todas las situaciones, pues está más bien ligada a la subjetividad y al abanico de medios de los que dispone una persona en un momento determinado, por lo tanto la racionalidad del medio no se refiere directamente al escogido por el sujeto, sino a la elección de entre todas las posibilidades de las que dispone, y esto puede dar lugar a reacciones defensivas más gravosas en comparación a la agresión, pues se pueden utilizar medios excesivos pero siendo estos la única opción posible en ese momento.¹⁰⁰

La racionalidad no solo se agota en la elección del medio, sino en la utilización del mismo, pues puede que el medio escogido sea racional pero su uso desproporcionado, y se estaría incumpliendo el requisito de la proporcionalidad. Como muy bien explica QUINTERO OLIVARES “no será racional la elección del medio defensivo de mayor capacidad de dañar, ni tampoco lo será usar la ocasión para ir más allá de lo que hacía falta para la defensa”.¹⁰¹

Hay que tener en cuenta, que para valorar la racionalidad del medio empleado hay que saber que las situaciones en las que se coloca al sujeto defensor no son de especial calma y serenidad, y lo por tanto “no se puede exigir al agredido una exacta y serena reflexión para escoger los medios de defensa.”¹⁰²

En ambos conceptos, tanto en la necesidad como en la racionalidad se pueden constatar posibles excesos por parte del sujeto pasivo. Estos excesos han sido calificados como

⁹⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit. p. 350.

¹⁰⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del derecho Penal...* cit. p. 535.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 535.

¹⁰² STS 962/2005, 22 de julio de 2005.

exceso extensivo y exceso intensivo, y se pueden definir como la intensificación innecesaria de la acción judicialmente justificada.

En el caso del exceso extensivo, como anticipaba antes, se trata de las situaciones en las que la persona que se define lo hace antes de que siquiera haya comenzado la agresión, pero no se trata de una legítima defensa preventiva, sino que esta agresión aun no ha sido constatada y puede que ni siquiera llegue a acontecerse. Por lo tanto, la defensa carece de sentido ya que se está agrediendo a un sujeto que *a priori* no ha incurrido en ningún tipo de delito doloso, convirtiendo al sujeto defensor en un agresor.

Este exceso puede ser anterior a la agresión o el ataque injusto, pero también puede ser posterior, pues también se estará excediendo en su defensa el sujeto que prorroga indebidamente la misma, aunque la agresión ya haya finalizado. En esta situación ya no existe la necesidad de defensa pues los bienes del sujeto pasivo ya no están en riesgo de ser deteriorados.¹⁰³

Por otro lado, el exceso intensivo se basa en la desproporcionalidad de los medios utilizados, es decir, en la superación del marco de racionalidad que habíamos exigido anteriormente, puesto que la racionalidad se refiere tanto al medio escogido como a su utilización.

Puede suceder que la acción defensiva haya logrado impedir o detener el ataque, pero si el defensor continúa ejerciendo su defensa con el medio necesario, sería un ejemplo claro de un exceso intensivo en su defensa, pues ya habría logrado detener el ataque, pero él no ha cesado.¹⁰⁴

En la introducción del concepto hablaba e introducía las posibilidades de eximencia total o eximencia incompleta de la responsabilidad penal.

En el caso de la necesidad de defensa, si esta no es apreciada no estaríamos ante un auténtico caso de justificación de la antijuridicidad, pues se trata de un requisito esencial, y la falta o no constatación de uno de estos hace que se desvirtúe la figura de la legítima defensa no dando lugar a su reconocimiento jurídico.

¹⁰³ SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de derecho Penal...* cit. p. 227-228.

¹⁰⁴ STS 444/2004, 1 de abril de 2004.

En el otro extremo, si lo que no se aprecia es la racionalidad de los medios empleados, al no tratarse de un requisito esencial, la responsabilidad del autor quedaría rebajada a una eximencia incompleta, y así ha sido avalado por la jurisprudencia.¹⁰⁵

IV.3 La Ausencia de provocación

El último de los tres requisitos exigidos por el artículo 20 4º del CP es uno calificado como no esencial, pues no será preciso su existencia para constatar la causa de justificación, aunque dará lugar a la diferenciación entre eximencia completa o incompleta.

El CP habla de falta de provocación suficiente por parte del defensor, y si nos ceñimos únicamente a su interpretación literal, la conclusión es que no cabe nunca, bajo ningún concepto, una legítima defensa frente a una agresión que sea consecuencia de la provocación previa del sujeto que se defiende.¹⁰⁶

Lo importante de esta cuestión es el término “suficiente”, pues claramente nos lleva a plantear dos situaciones. Una en la que la provocación previa es ínfima y no debería ser tenida en cuenta como una verdadera provocación, pero el sujeto atacante reacciona violentamente, por lo que el sujeto que se defiende sí que estará legitimado para defenderse.¹⁰⁷

Y la otra situación es en la que la provocación estaba dirigida a producir conscientemente una reacción agresiva para poder defenderse invocando su derecho a la legítima defensa, opina LUZÓN PEÑA sobre este aspecto afirmando que se debe tolerar la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, siendo responsable y respondiendo el provocador por su acción antijurídica y dolosa.¹⁰⁸

La valoración del carácter propio de la provocación se ha de medir en términos objetivos, lo que el hombre medio ideal consideraría que es una provocación a la que debería

¹⁰⁵ STS 1630/2002, 2 de octubre de 2002.

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit. p. 350.

¹⁰⁷ STS 9979/2001, de 18 de diciembre de 2001. FJ2.

¹⁰⁸ LUZÓN PEÑA, D., M., "Actio illicita in causa y provocación en las causas de justificación", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, 1994, p. 62.

responder violentamente, otra cuestión diferente es si la provocación debe ser o no dolosa, pues parte de la doctrina asegura que puede tratarse de una provocación imprudente.¹⁰⁹

Además de la intencionalidad, se ha de comprobar si el provocador realmente considera que su acción supone un verdadero acto provocativo hacia el otro sujeto, ya sea porque conoce sus características personales y sabe que ese acto concreto puede afectarle, de no ser así se deberá comprobar que socialmente es aceptado como una provocación.

Existe unanimidad en la doctrina al considerar que el derecho no puede amparar de la misma forma al que provoca la agresión ilegítima de la que luego se defiende del que no provoca nada y únicamente se defiende de una acción injusta, pues el provocador ha creado una relación de causalidad él mismo.¹¹⁰ Como explica MUÑOZ CONDE “la impunidad buscada de propósito para matar o lesionar a alguien es perversión del derecho de defensa y no puede ser cubierta por esta causa de justificación”.¹¹¹

También es posible constatar una relación de proporcionalidad entre la provocación y la agresión, pues de existir un equilibrio entre ambas, el provocado realmente estaría actuando amparado en legítima defensa ante un ataque ilegítimo, y por ello la figura de agresor y defensor cambia.

Distinto es el caso de la legítima defensa de terceras personas, pues el código en estos casos no tiene en cuenta la posible provocación del tercero, y solo exige que el sujeto defensor no haya participado en la misma, permitiendo la defensa aun cuando esta responda a una agresión provocada por el sujeto tercero, desvirtuando así este requisito. Como explica QUINTERO OLIVARES, no se debería reducir la causa de justificación de esta manera, y por lo tanto el provocador debería responder de su provocación y el agresor de su agresión, quedando únicamente el defensor amparado por su legítima defensa.¹¹²

¹⁰⁹ STS 9979/2001, de 18 de diciembre de 2001. FJ2.

¹¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del derecho Penal...* cit. p. 537-538.

¹¹¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit. p. 350.

¹¹² QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del derecho Penal...* cit. p. 539.

IV.4 La falta de requisitos: la legítima defensa putativa

Vistos los requisitos que exige el legislador a través de artículo 20 4º para el correcto desenvolvimiento de la legítima defensa, intentaré centrar estas últimas páginas del estudio en la problemática de la legítima defensa putativa.

El término putativo hace referencia a la creencia errónea que tiene un sujeto al pensar que algo es propio o se encuentra legitimado para actuar de una determinada forma cuando en realidad no lo está, por lo tanto, la defensa putativa no elimina la antijuridicidad de la teoría del delito, pero sí que elimina la culpabilidad.¹¹³

A lo largo de toda la codificación en España, no ha habido nunca una unanimidad en la regulación y definición de este concepto, aunque no han sido pocos los intentos de dotar de una definición clara y completa al mismo. Es el caso de REQUEJO CONDE, quien ahonda profundamente en su monografía sobre el mismo, proponiendo la posible definición de acción legítima o ilegítima que el autor realiza amparado en la falsa creencia de estar actuando bajo el margen de la legítima defensa.

Su error consistirá bien en la defensa ante una agresión que es inexistente, defendiéndose de un sujeto que no es su verdadero agresor, defendiéndose ante una agresión que se encuentra autorizada por el derecho o defendiéndose ante un ataque que ya ha finalizado.¹¹⁴ De esta definición es posible extraer una idea fundamental, y es que dependiendo del carácter que tenga la acción defensiva, la defensa putativa podrá ser a su vez legítima e ilegítima.

Siendo la primera la que se basa en una idea razonable y fundada de los requisitos objetivos de la legítima defensa, y por lo tanto cree sin ningún atisbo de duda que está actuando correctamente, caso de error invencible, y por lo tanto desencadenando una eximencia.¹¹⁵

La segunda es aquella que se basa únicamente en presupuestos subjetivos y una valoración personal del defensor, y por lo tanto se tratará de error vencible y comprobable

¹¹³ RODRÍGUEZ-MOURULLO, G., *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, 1ª edición, Madrid, Civitas, 1976, p. 75-76.

¹¹⁴ REQUEJO CONDE, C., *La Legítima Defensa...* cit. p. 42

¹¹⁵ LUZÓN PEÑA, D., M., “El error sobre causas de justificación”, *Boletín de la Facultad de derecho de la UNED*, nº2, 1992, p. 142.

por el sujeto, no pudiendo ser considerada como una eximencia.¹¹⁶ Por lo tanto, se trata de una situación típica de error de prohibición, pues el sujeto cree estar actuando bajo la protección del derecho, cuando en realidad lo que está haciendo es actuar contra derecho.¹¹⁷ Este error no afecta a la construcción del dolo, si no que modifica la culpabilidad del sujeto.¹¹⁸

Aunque se pretenda siempre que el sujeto actúe objetivamente, como acertadamente explica MUÑOZ CONDE, “Sería absurdo que una persona que necesita actuar rápidamente frente a una agresión que pone en peligro su integridad corrobore sosegada y calmadamente todos los requisitos objetivos que justificarían su defensa.”¹¹⁹

Por lo tanto, tendrá que haber siempre un margen de apreciación subjetivo, dentro del examen objetivo de la situación. De estas consideraciones introductorias se puede afirmar que la apreciación de la legítima defensa putativa se ha de contrastar en dos presupuestos diferenciados, en la agresión y en la persona del defensor.

IV.4.1 La tipología de agresiones

El concepto de agresión ya es conocido y ha sido explicado, así que solo voy a detenerme en los aspectos más cruciales para la explicación del concepto. Al tener la agresión una estrecha relación con la idea de peligro, siendo este un concepto altamente subjetivo y variable, es posible la existencia de distintos tipos de agresiones, en concreto pueden ser tres: la agresión inidónea, la agresión de buena fe y la agresión aparente.

La primera de estas situaciones es el caso de la agresión inidónea, en esta situación el aparente daño del que se defiende el sujeto es comprobado posteriormente como inexistente, lo que hace que aun concurriendo la intencionalidad del agresor de producir un determinado perjuicio, este habría sido imposible, pues las circunstancias propias de la agresión impedirían que se llegase a cometer.¹²⁰

¹¹⁶ LUZÓN PEÑA, D., M., “El error sobre causas de justificación” ... cit. p. 142.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ-MOURULLO, G., *Legítima defensa real y putativa...* cit. p. 77.

¹¹⁸ LUZÓN PEÑA, D., M., “El error sobre causas de justificación” ... cit. p. 141.

¹¹⁹ MUÑOZ CONDE, F., “Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa”, *Revista Penal*, nº 24, julio de 2009, p. 129.

¹²⁰ REQUEJO CONDE, C., *La Legítima Defensa...* cit. p. 50.

La construcción de la legítima defensa tiene que ser siempre con el ánimo de proteger frente a un peligro amenazante los bienes jurídicos protegidos, partiendo de esta base, se trata de un error sobre la propia agresión.¹²¹

Esta situación no implica siempre la existencia de responsabilidad penal, pues al tratarse de un error invencible, ha de comprobarse con el baremo objetivo del hombre medio y racional si de esa situación se puede extraer la existencia de un peligro, aun siendo imposible la producción del daño, cosa que se comprueba posteriormente y se entiende que el sujeto que se defiende no comprobó al encontrarse en una situación de riesgo y para nada calmada.

Se ha medir entonces si ante esa situación una persona normal y racional habría actuado de esa forma, agrediendo ilegítimamente al “agresor”. La acción del atacante, aunque inidónea, sería considerada como una tentativa inidónea.¹²²

La segunda de estas posibles situaciones es la llamada agresión de buena fe o agresión simulada, se trata por tanto de una actitud “jocosa” en la que el aparente agresor simula crear un peligro hacia el sujeto que se defiende, pero a diferencia de la agresión inidónea, en ningún momento existe la intención de causar un daño o generar un peligro.

No va a haber en ningún momento un dolo de cometer el peligro simulado ya que sabe perfectamente que en ninguna circunstancia su acción va a ser peligrosa, únicamente se trata de una burla o una acción grotesca, pero que en ningún caso pone en peligro los bienes jurídicos del sujeto que se defiende.¹²³

Aunque exista esa diferencia en la sustanciación del ataque, se mantiene la apariencia real y objetiva del posible daño, la cual ha sido apreciada así por el defensor y sería apreciada igualmente por el tercero imparcial sobre el que se mide la peligrosidad del acto, por lo que mantiene intacto el tratamiento jurídico de la responsabilidad del sujeto que se defiende. En este caso tampoco se le exigiría al defensor que valore razonablemente la peligrosidad real o no de la situación, pues se trata de una situación de tensión, y sería

¹²¹ RODRÍGUEZ-MOURULLO, G., *Legítima defensa real y putativa...* cit. p. 91.

¹²² La tentativa inidónea fue retirada como causa de responsabilidad penal en la modificación del Código Penal en 1995.

¹²³ REQUEJO CONDE, C., *La Legítima Defensa...* cit. p. 51.

exagerado, al igual que con la agresión inidónea, que realizase un meticuloso examen del peligro que le atañe, y si está o no legitimado para defenderse.

La tercera situación es la agresión aparente, y la característica principal de este tipo de agresión es que en ningún momento el “agresor” pretende o intenta la creación de un daño o peligro, pero tampoco busca crear una situación simulada de riesgo basada en la burla o el humor, simplemente es el defensor quien cree erróneamente que el agresor le va a atacar, ya sea por algún movimiento o gesto que realiza o por cualquier otro factor, y este perpetra una agresión ilegítima ante el primero, creyendo estar actuando en defensa propia.¹²⁴

Se trata del error típico sobre los fundamentos de la legítima defensa, y la exigencia de responsabilidad penal derivará de la invencibilidad o no de su error, pues pudo ser una creencia objetiva e imposible de comprobar de un riesgo inminente, o pudo ser una situación en la que el defensor debió obrar con mayor diligencia en la comprobación de su error.

IV.4.2 La persona del agresor

Una vez vistas las tres tipologías de posibles agresiones erróneas sobre las que puede efectuarse una legítima defensa putativa, el otro paramero de fondo para el estudio de esta figura es la persona del agresor, sobre la que también puede incurrir en error el sujeto que se defiende, existiendo dos posibilidades, o bien que se defienda ante un agresor putativo, o bien que se defienda ante un tercero, errando en el ejercicio de su defensa.

En la primera situación, cuando se actúa frente a un agresor putativo, existen dos posibles respuestas a una situación así.

Por un lado, es posible que el agresor sea putativo en cuanto no esta ejerciendo realmente una verdadera agresión, ya sea por la no intencionalidad de sus actos o la idoneidad de sus medios, pero sea cual sea dicho factor, el defensor está actuando en defensa frente a este profiriéndole unos daños. En este caso existe una absoluta falta de situación de legítima defensa, y esto complementa al error sobre la agresión, como he explicado anteriormente.

¹²⁴ REQUEJO CONDE, C., *La Legítima Defensa...* cit. p. 51.

La otra posible situación es en la que el sujeto que se define atacando a su agresor comete error in persona, atacando intencionadamente a un tercero creyendo que era este su agresor. Se trata de un error ya sea en la identidad de su agresor o en las características personales que lo identifican, confundiéndolo con un tercero, ajeno a la agresión. lo importante en ese caso es comprobar el tipo de error que ha operado en la conducta del sujeto que se defiende.

Por lo tanto, y como explica REQUEJO CONDE, la responsabilidad del defensor dependerá de si “los resultados son o no equivalentes”, es decir, no será lo mismo cuando el defensor lesiona a un tercero al que creía su agresor, y por lo tanto está protegido plenamente por el derecho, pero creyendo el primero que estaba actuando amparado por una situación de legítima defensa, en la cual sí hubiera sido lícito actuar frente a su verdadero agresor; que cuando no existiendo dicha situación de defensa, el defensor putativo actúa contra un tercero que en ningún momento ha sido participe de la agresión irreal que cree sufrir el defensor.¹²⁵

El error in persona en estos casos se construye como una base de subsidiariedad del verdadero error que permite distinguir una legítima defensa y una putativa, por lo tanto, sirve para construir mejor el error sobre el que ha incurrido el sujeto defensor. En el momento en el que un tercero es dañado en sus bienes jurídicos por el defensor al que cree este que era su agresor constituye el caso más básico de error en la persona del agresor, y su tratamiento jurídico será entonces el de la legítima defensa putativa, pues está errando sobre un requisito esencial, la agresión.¹²⁶

El último punto principal del error sobre la figura del agresor es cuando la defensa putativa afecta a un tercero, esto ocurre cuando el defensor, que en principio está amparado por una verdadera situación de legítima defensa y pretende defenderse de un ataque ilegítimo, con unos medios necesarios y proporcionales, pero yerra en el desenvolvimiento de su defensa atacando indebidamente a un tercero, ajeno a la relación bilateral de agresor-defensor.

Por lo tanto, no se trata de un error sobre la persona del agresor, sino que es un error en la ejecución de la defensa, y su tratamiento jurídico será distinto. Va a ser considerado

¹²⁵ REQUEJO CONDE, C., *La Legítima Defensa...* cit. p. 66.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 68.

como un exceso en la defensa, ya sea esta legítima o putativa, ya que su tratamiento como causa de justificación será castigado como un delito imprudente o como estado de necesidad, en caso de verificar la absoluta falta de negligencia.¹²⁷

Puedo concluir asumiendo que la legítima defensa putativa es un claro ejemplo de la poca precisión de la regulación de los requisitos que recoge el Código Penal, pues al no establecer la clara diferenciación por ley de cual se considera requisito esencial y cual no, posibilita la creación de figuras como esta última tratada, existiendo en un limbo jurídico entre la eximencia completa, la eximencia incompleta, el error de prohibición o la correcta legítima defensa, y el sin fin de nuevas posibilidades que nazcan de cada caso concreto.

VI. Conclusiones

Una vez finalizado el estudio de la legítima defensa, y habiendo expuesto todos los puntos que me propuse tratar en un primer momento, es preciso ahora abordar a modo de final del trabajo una serie de conclusiones extraídas de mi análisis.

1. La legítima defensa nace como una respuesta a una necesidad social, dar cabida y regulación legal a la ejecución de conductas típicas con el fin único y último de proteger los bienes jurídicos del propio sujeto o de una tercera persona que han sido amenazados por una agresión ilegítima. No se trata en ningún momento de legalizar el homicidio o las conductas delictivas, sino de crear un mecanismo útil y jurídicamente regulado para poder actuar en situaciones límite de desvalor de derechos o bienes. La existencia de estas figuras son un elemento tan necesario del derecho penal como son los propios tipos, ya que sin que el Estado pierda el monopolio de la fuerza reglada, permiten al ciudadano protegerse con sus propios medios de forma efectiva y racional.

2. La profundidad del concepto no se entiende sin tener una perspectiva histórica y cultural del mismo, pues el derecho es un espejo en el que la sociedad se mira, y refleja en él un modo de actuar y de entender la vida en sociedad, reglada y ordenada.

La legítima defensa se ha moldeado siempre de acuerdo con la mentalidad predominante de cada época, en base a la costumbre y los intereses que demandaban los ciudadanos. Como hemos podido ver, no se asemejaban nada los modelos primitivos de venganza

¹²⁷ REQUEJO CONDE, C., *La Legítima Defensa...* cit. p. 69.

privada con el desarrollo del derecho romano o la codificación europea. Es muy necesario entonces comprender el modo de pensar de nuestros antecesores y cómo creían ellos que debía ser un derecho más justo y accesible para el ciudadano, para poder desarrollar nuestra propia versión de la legítima defensa y así evitar los errores legislativos o de concepto que había anteriormente.

3. Por todo ello, el Código Penal pretendió una regulación cerrada y bien atada de esta causa de justificación, pues era imprescindible, dada la importancia que había ido desarrollando con el paso de los años. Pero bien es cierto que la mayor parte de su desarrollo teórico ha sido doctrinal y jurisprudencial, y esto ha suscitado una gran diversidad de opiniones en cuanto a sus requisitos, el alcance de los mismos, el uso que se le debe dar o cual debe ser el eje sobre el que construir el concepto, pues al no ser una figura del todo cerrada permite este tipo de apreciaciones.

Para evitar la disputa y que se tergiverse el verdadero sentido de la legítima defensa sería interesante una reformulación de los requisitos que exige el Código Penal. Lo primordial sería dotarlos de una mayor facilidad de comprensión y entendimiento para todo el mundo, estableciendo en el articulado qué se considera esencial y qué no esencial para el correcto ejercicio de la defensa, y así de esta forma se allanaría el terreno para un mejor ejercicio en sede judicial.

4. Una mayor regulación no excluye la importancia que tiene el desarrollo doctrinal y la jurisprudencia aplicándola caso por caso, pues es de esta forma a través de la cual el concepto no se mantiene estático, sino que va reformulándose con el cambio de mentalidad y los nuevos intereses sociales, siendo moldeable a cada etapa, pero persistiendo una regulación clara y desde la que seguir construyendo el concepto.

El derecho es continuo cambio, y no podemos asegurar cual será el devenir de la legítima defensa en un futuro, pero no cabe duda de que va a continuar suscitando el interés de estudiosos de la materia, puesto que considero que va a seguir siendo un punto clave en el estudio de la teoría del delito y un eje fundamental del desarrollo del derecho penal.

Bibliografía:

- ALVARADO PLANAS, J., y SERRANO MAÍLLO, A., *Estudios de Historia de las Ciencias Criminales en España*, 1ª edición, Madrid, Dykinson, 2007.
- CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 2011.
- DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., *La Legítima defensa en el derecho Romano con referencia a la dogmática moderna*, 1ª edición, Madrid, Dykinson S.L., 2011.
- GACTO FERNÁNDEZ, E., “Aproximación a la historia del derecho penal español”, en TOMÁS Y VALIENTE, F., *Hispania entre derechos propios y derecho nacionales, vol.1*, Giuffe Editore, España, 1990.
- IGLESIAS RIO, M. A., *Perspectiva Histórico-Cultural y comparada de la Legítima Defensa*, 1ª edición, Burgos, Servicios de Publicaciones Universidad de Burgos, 1999.
- LUZÓN PEÑA, D., M., “El error sobre causas de justificación”, *Boletín de la Facultad de derecho de la UNED*, nº2, 1992.
- LUZÓN PEÑA, D., M., "Actio illicita in causa y provocación en las causas de justificación", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, 1994.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., “La Legítima Defensa del derecho Penal”, *RJUAM*, nº25, 2012.
- MOMMSEN, T., *El derecho Penal Romano*, trad. DORADO MONTERO, P., Volumen I, 1ª edición, Pamplona, Analecta, 1999.
- MONTANO, P. J., “Legítima Defensa: ¿El fin justifica los medios?”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, nº29, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte General*, 9ª edición, Valencia, Tirant lo blanch, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F., “Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa”, *Revista Penal*, nº24, julio de 2009.
- NIETO MARTÍN, A. y PÉREZ CEPEDA, A. I., (Cord.) *Comentarios al Código Penal*, 1ª edición, Madrid, Iustel, 2007.
- PADIAL, J. J., “Venganza, Realización de la Libertad y Guerra Privada”, *Revista de Filosofía*, nº48, julio-diciembre 2013.
- PALERMO, O., *La Legítima defensa: una revisión normativa*, 1ª edición, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2006.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del derecho Penal*, 4ª edición, Pamplona, Aranzadi, 2010.
- REQUEJO CONDE, C., *La Legítima Defensa*, 1ª edición, Valencia, Tirant Monografías, 1999.

RODRÍGUEZ-MOURULLO, G., *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, 1ª edición, Madrid, Civitas, 1976.

RODRÍGUEZ-MOURULLO, G., *El Derecho Penal en el siglo XX*, 1ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2000.

ROSAS BENÍTEZ, A., *Orígenes y derecho Antiguo*, Volumen I, 1ª edición, Guadalajara (México), Hexágono, 1995.

SAINZ GUERRA, J., *La evolución del derecho penal en España*, 1ª edición, Jaén, Servicio de Publicaciones Universidad de Jaén, 2004.

SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de derecho Penal. Tomo I. Parte General*, 4ª edición, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2006.

Jurisprudencia consultada:

STS 1766/1999, 9 de diciembre de 1999.

STS 9979/2001, de 18 de diciembre de 2001.

STS 1630/2002, 2 de octubre de 2002.

STS 444/2004, 1 de abril de 2004.

STS 962/2005, 22 de julio de 2005.

STS 1471/2011, de 4 de marzo de 2011.